Zur Lehre vom Kreditauftrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Joseph Heimann,
Referendar aus Cöln.

ACAD.
LUGD BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1904.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Geschichtliche Entwicklung und Einführung 1

II. Der Kreditauftrag 5

§ 1. Mandatsnatur des Kreditauftrages 5

a) Kann ein Auftrag im Sinne des § 662 ff. B.G.B. vorliegen? 5

b) Ist zum Zustandekommen des Kreditauftrages ein Auftrag erforderlich und gibt es einen entgeltlichen Kreditauftrag? 9

c) Zeitliche und inhaltliche Begrenzung des Kreditauftrages, Kündigung und Widerruf 22

§ 2. Der § 778 B.G.B. und seine Vorschrift 30

a) Die Obligation aus dem Kreditauftrage . . . 30

b) Die gegenseitige Diligenzpflicht der Kontrahenten 34

c) Die Form des Kreditauftrages 37

III. Stellung des Kreditauftrages im Vergleich zu anderen ähnlichen Rechtsgeschäften 38

§ 1. Kreditauftrag, Bürgschaft und Kreditrat 38

§ 2. Kreditauftrag, Kreditbrief, Kreditempfehlung und Garantie 46

IV. Schlußbemerkung 48

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552725_0174

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann. Bd. 20 Heft 2. Berlin 1901.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart 1874.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen B.G.B. systematisch dargestellt. 2. Abteilung: Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.

Buchka, B.G.B. und gemeines Recht. Berlin 1899.

Büttner, Die Haftung des Bürgen. Inaug.-Dissertation. Greifswald 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Hälfte Tübingen und Leipzig 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Jena 1903.

Deutsche Juristen-Zeitung, 7. Jahrgang Nr. 7.

„ „ „ 8. Jahrgang Nr. 7.

Dernburg, Pandekten. 2. Bd. Berlin 1886.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 2. Teil. Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. 50. Bd. Leipzig 1902.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. 3. Bd. Erlangen 1872.

Fischer-Henle, B.G.B. München 1902.

Förster, Der Kreditauftrag. Eine Studie nach römischem und neuem bürgerlichen Recht. Leipzig 1903.

Gesterding, Alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. Jena 1850/51.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 4. Bd. Erlangen 1872 und 53. Bd. Neue Folge 38. Bd. 3. u. 4. Heft (Abhandlung von Weidemann).

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. Der ganzen Reihe 16. Jahrg. Berlin 1872

u. 46. Jahrgang 1. Heft, herausgegeben von Rassow, Künzel und Eccius.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechtes. Tübingen 1894.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. 3. Bd.: Obligationenrecht. Leipzig 1858.

Jäckel, Der Kreditauftrag nach dem bisher geltenden Recht und dem B.G.B. für das Deutsche Reich. Inaug.-Dissert. Greifswald 1901.

Jacoby, Die Krediterkundigung nach ihrer wirtschaftlichen und nach ihrer rechtlichen Seite. Berlin 1891.

Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 29. Bd. Neue Folge 17. Bd. Jena 1890.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Brinz, Pözl. München 1874.

Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. für das Deutsche Reich und des preußischen allgemeinen Landrechts. Berlin 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Berlin 1900.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum zweiten Buch des deutschen B.G.B. Breslau 1898.

Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin 1896.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum B.G.B. Berlin 1899.

Planck, B.G.B. nebst Einführungsgesetz. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1900.

Scherer, Das Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. für das Deutsche Reich. Erlangen 1899.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. 2. Bd. Berlin 1900.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 2. Bd. Leipzig 1861.

Sokolowsky, Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht. Halle 1891.

Unger, Handeln auf fremde Gefahr. Abdruck aus Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 33. Bd. Neue Folge 21. Bd. Jena 1894.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Marburg 1856.

Wächter, Pandekten II.

Weidemann, Der Kreditauftrag. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 53. Bd. Neue Folge 38. Bd. 3. u. 4. Heft. Stuttgart 1903.

Weyl, Vorträge über das B.G.B. 1. Bd. München 1898.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd. Frankfurt a. M. 1900.

I. Geschichtliche Entwicklung und Einführung.

Bei gewöhnlichen Kreditgeschäften war es schon früh im alten Rom üblich, daß der Gläubiger sich des Rechtsinstitutes der Bürgschaft bediente, um seine Ansprüche gegen den Schuldner sicherzustellen. Die verschiedenen Bürgschaftsarten des römischen Rechtes, die sponsio, fideprommissio und fideiussio, bedurften aber der Stipulationsform, und auch später war durch das constitutum debiti alieni, welches zwar die Abschließung eines Bürgschaftsvertrages unter Abwesenden zuließ, die Begründung der Bürgschaft zugunsten einer späteren Schuld nicht möglich. Da half man sich, indem man das Institut des Mandates, welches sich infolge seiner freieren Gestaltung besonders dazu zu eignen schien, zu Bürgschaftszwecken verwandte. Man kann annehmen, daß auf diese Weise das mandatum qualificatum, welches allerdings erst später diesen Namen erhielt, entstanden ist.[1]) Dieses mandatum qualificatum entwickelte sich nun in der Folgezeit weiter, es war dem gemeinen Rechte bekannt[2]) und wurde auch in das neue B.G.B. aufgenommen. B.G.B. § 778 regelt den Kreditauftrag: „Wer einen anderen beauftragt, im

[1]) vgl. Jäckel, Der Kreditauftrag nach gemeinem Recht u. B.G.B., Inaugural-Dissert. Greifswald 1901, S. 9 f.

[2]) Endemann, Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte, in Goldschmidts Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht, Erlangen 1861, S. 225; Sintenis, Civilrecht, Leipzig 1861, Bd. 2 § 129 S. 835; v. Vangerow, Pandekten III, Marburg 1856, S. 162.

eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge."

Gegen diese Aufnahme des Kreditauftrages in das B.G.B. hatten sich verschiedene Meinungen ausgesprochen; doch auch im Gegensatz zu vielen gemeinrechtlichen Schriftstellern,[1]) die das mandatum qualificatum für überflüssig hielten und daher bei einer neuen Gesetzgebung unberücksichtigt gelassen wissen wollten, hielten schon die Motive zum ersten Entwurf des B.G.B.[2]) die Regelung des Kreditauftrages aus verschiedenen Gründen für geboten. Einmal spiele der Kreditauftrag im Verkehr, besonders im Handelsverkehr, eine zu große Rolle, und andererseits sollten durch eine endgültige gesetzliche Regelung Schwankungen der Rechtssprechung in bezug auf die Anwendung der Auftrags- oder Bürgschaftsgrundsätze, wie sie im gemeinen Recht bestanden hatten,[3]) beseitigt und die Streitfragen, die bei der Anwendung eines gemischten Systems unausbleiblich waren, vermieden werden.

---

[1]) vgl. z. B. Sokolowsky, Die Mandatsbürgschaft, Halle a. d. S. 1891, S. 133.

[2]) Motive zu dem Entwurf des B.G.B. für das Deutsche Reich Bd. 2 Berlin 1896, S. 682 ff.

[3]) Im gemeinen Recht herrschte nämlich über das Wesen und die Natur des Kreditauftrages eine große Meinungsverschiedenheit. Besonders treten vier Meinungen hervor. Arndts (Pandekten, Stuttgart 1874, § 353 Anm. 3 S. 591 ff.) behauptet, der Kreditauftrag sei vollständig in die Bürgschaft aufgegangen. Sokolowsky vertritt in seinem Werke Die Mandatsbürgschaft (Halle a. d. Saale 1891 S. 104) die Ansicht, Bürgschaft und Kreditauftrag seien zwei koordinierte Bürgschaftsverträge. Rothenberg (Archiv für civil. Praxis Bd. 77 insbes. S. 327 ff.) hält den Kreditauftrag für ein aus Bürgschaft und Mandat gemischtes Rechts-

Der Entwurf I regelt im § 680[1]) den Kreditauftrag dadurch, daß er dem Parteiwillen die Entscheidung der in Frage kommenden Rechtssätze, der Mandats- oder Bürgschaftsgrundsätze zuerkannte.[2]) Man ging hierbei von der Anschauung aus, daß der Zweck, besonders auch die Absicht bei der Eingehung eines Kreditauftrages meistens nur die Übernahme der Bürgschaft sei, und machte somit den Kreditauftrag zu einem der Bürgschaft koordinierten Vertrage, mit Ausnahme des einen Falles, daß ein anderer Wille der Vertragschließenden, nämlich der bloße Abschluß eines Mandates, beim Zustandekommen des Geschäftes deutlich erkennbar war.

---

verhältnis und will so teils die Regeln über das Mandat, teils die Regeln der Interzession auf das mandatum qualificatum angewendet wissen. Zum Schlusse erklärt Geib (Zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsrechtes, Tübingen 1894, S. 149ff.), daß das Kreditmandat und der Bürgschaftsvertrag zwei ganz selbständige, weder formell, noch materiell gleiche oder sich deckende Verträge seien, und daß besonders die Obligation des Mandators von der Obligation des fideiussors gänzlich verschieden sei. Zur näheren Orientierung über den Stand der Streitfragen im gemeinen Recht und Ergänzung der gemeinrechtlichen Literatur über dieselbe seien hier noch außer der Monographie von Oesterley (Mandatum qualificatum, I.-D. Göttingen 1891) die Pandekten-Lehrbücher von Windscheid (Pandekten II, Frankfurt a. M. 1900, § 476 und § 412); Dernburg (Pandekten II, Berlin 1886, § 77); Wächter (Pandekten II § 202 Beilage 2) und die Abhandlung von Gesterding, Irrtümer: Vom qualifizierten Mandat, Greifswald 1818, erwähnt.

[1]) § 680 1. Entwurf: „Hat jemand den ihm von einem andern erteilten Auftrag, im eigenen Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, angenommen, so ist das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältnis, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt, nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft zu beurteilen."

[2]) vgl. Bendix, Der Kreditauftrag, im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 20 Heft 2, Berlin 1901, S. 160 ff.

Irrig nehmen die Motive an, daß im praktischen Leben derjenige, der auf die Erteilung eines Kreditauftrages sich beschränkt, in der Regel nur die Bürgschaft für die Kreditbewilligung übernehmen will. Der Auftrag sei nur die äußere Form, in welcher die Bürgschaftsleistung sich vollziehe. Wenn man tatsächlich dem Kreditauftrag seinen Hauptzweck, die Kreditvermittlung, absprechen und nur eine Unterart der Bürgschaft schaffen wollte — ein Standpunkt, der von einer großen Zahl gemeinrechtlicher Schriftsteller vertreten wird —, auch dann hätte diese Fassung des Paragraphen nicht genügt, sie hätte vielmehr eine große Verschlechterung gegenüber dem gemeinen Rechte bedeutet; denn nach Annahme, nicht nach Ausführung des Auftrages hätte schon das Mandatsverhältnis zwischen Mandator und Gläubiger aufgehört, und schon jetzt wären die Vorschriften über die Bürgschaft in Kraft getreten. Liegt also einerseits der Fehler des ersten Entwurfs in der Verkennung, oder doch allzu engen Begrenzung des Zweckes des Kreditauftrages, so liegt er auch andererseits darin, daß das Mandatsverhältnis allzu früh beendet und ihm dadurch allzu wenig Wirkung auf das zustande gekommene Rechtsgeschäft eingeräumt wurde.[1])

Wir haben diese Vorgeschichte des Kreditauftrages so ausführlich geben müssen, damit wir uns später darauf berufen können, daß man sich bei der Schaffung des § 778 B.G.B. vollauf bewußt war, im Kreditauftrage ein ganz selbständiges, dem mandatum qualificatum des gemeinen Rechtes entsprechendes, aber den Bedürfnissen der Gegenwart besser angepaßtes Institut zu schaffen.

---

[1]) vgl. Jäckel a. a. O. S. 28.

II. Der Kreditauftrag.

§ 1.

Mandatsnatur des Kreditauftrages.[1])

a) Kann ein Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. vorliegen?

Die im § 778 B.G.B. erfolgte Neuregelung des Kreditauftrages hat bereits jetzt schon zu einer Menge neuer Streitfragen Veranlassung gegeben. Eine der bedeutungsvollsten ist die nach der Mandatsnatur des Kreditauftrages, ob zum Zustandekommen eines Kreditauftrages ein Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. erforderlich ist oder nicht; ja ob derselbe überhaupt vorliegen kann. Diese Frage gewinnt dadurch an Bedeutung, daß, wenn wir das Erfordernis eines Auftrages fallen lassen, es im Einzelfalle kaum zu unterscheiden sein wird, ob ein konkretes Rechtsgeschäft sich als Bürgschaft oder als Kreditauftrag darstellt; insbesondere wird dies bei der Übernahme der Haftung für eine künftige Verbindlichkeit die größten Schwierigkeiten bereiten, wie dies ja schon aus den Beispielen, die Eccius in seiner Abhandlung: „Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat“ [2]) zusammenstellt, sich ersehen läßt. Je mehr man die Mandatsnatur des Kreditauftrages in den Hintergrund drängt, um so mehr entfernt er sich von dem gleichen Rechts-

---

[1]) vgl. zum folgenden auch Bendix, Der Kreditauftrag, im Archiv für bürgerl. Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann Bd. 20 Heft 2 Berlin 1901, der entschieden die Auffassung des Kreditauftrages als Auftrag im Sinne des § 662 B.G.B. vertritt, insbes. S. 161.

[2]) vgl. in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, herausgegeben von Rassow, Künzel u. Eccius, 46. Jahrgang 1. Heft S. 62.

geschäfte des gemeinen und des römischen Rechts, um so mehr nähert er sich der Bürgschaft, deren Vorschriften alsdann fast das ganze Rechtsgeschäft beherrschen.

Als Hauptgegner der Auftragstheorie sind in den neuesten Monographien über den Kreditauftrag Eccius[1]) und Förster[2]) aufgetreten, und zwar behauptet Eccius, daß kein Auftrag vorliegen könne, „der Auftrag des § 778 B.G.B. liege völlig außerhalb des im § 662 gesetzlich begrenzten, den Beauftragten, der den Auftrag annimmt, verpflichtenden Auftragsgeschäftes." Er leugnet also die Mandatsnatur des Kreditauftrages und begnügt sich mit einer qualifizierten Ermächtigung. Förster dagegen sagt nicht nur, daß kein Auftrag vorliegen könne, sondern auch, daß der Gesetzgeber keinen Auftrag verlange und weder unmittelbar noch mittelbar im B.G.B. zum Zustandekommen des Kreditauftrages das Vorliegen eines Auftrages vorgeschrieben sei. Er faßt den Kreditauftrag als reinen Garantievertrag, d. h. als einseitigen, formlosen Vertrag auf, durch den sich die eine Partei der anderen verpflichtet, ihr den Schaden, der ihr etwa aus der Kreditgewährung an einen Dritten (nicht aus einer künftigen Kreditforderung) erwachsen werde, zu ersetzen.[3])

Bei der Begründung seiner oben angeführten Behauptung stützt sich Eccius besonders darauf, daß der Inhalt des Auftrages beim Kreditmandat darauf gerichtet ist, daß der Beauftragte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit geben soll und sich somit beim Kredit-

---

[1]) vgl. Eccius a. a. O. insbes. S. 60.

[2]) Der Kreditauftrag. Eine Studie nach röm. und neuem bürgerl. Recht, Leipzig 1903.

[3]) vgl. Förster a. a. O. S. 196 f.

auftrage die Kreditgewährung als das eigene ganz persönliche Geschäft des Kreditgebers und nicht etwa als das des Mandators darstellt. Im § 662 B.G.B., so führt er aus, handle es sich nur um ein Geschäft, das an und für sich nur den Auftraggeber angehe und für ihn durch den Beauftragten ausgeführt werden solle, und demnach könne nur ein Auftrag vorliegen, „wenn die Willenserklärung des Auftraggebers über einen vom Beauftragten zu gewährenden Kredit dahin aufzufassen sei, daß der Beauftragte den Kredit auf Rechnung des Auftraggebers gewähren solle".[1])

Auch Förster[2]) kommt bei der Definition des Auftragsbegriffes und der Interpretation des § 662 zu dem Ergebnisse, „daß die gesamten Vorschriften des B.G.B. über den Auftrag auf den Kreditauftrag vermöge der fundamentalen Verschiedenheit der beiden Institute keine Anwendung finden könne".

Der § 662 sagt: „Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen." Was verstehen wir nun unter Geschäftsbesorgung für jemanden, insbesondere kann das Geschäft des Kreditauftrages als solche aufgefaßt werden?

Unter obige Fassung fällt unseres Ermessens jedes Geschäft, an dessen Ausführung der Geschäftsherr ein persönliches, rein privates oder geschäftliches Interesse hat, das er aber, weil er selbst es nicht ausführen kann oder will, von einem anderen für sich besorgen läßt. Zu diesem Zwecke überträgt er entweder das ganze Geschäft oder nur die Ausführung desselben einem

[1]) Ein solches Geschäft war tatsächlich im A.L.R. I, 14 § 215 enthalten und den §§ 213, 214 gegenübergestellt. Es sollte der Beauftragte den Kredit auf Rechnung des Auftraggebers gewähren.

[2]) vgl. hierüber Förster a. a. O. S. 192 ff.

anderen. Im letzteren Falle bleibt er Herr des Geschäftes, und die wirtschaftlichen und rechtlichen Konsequenzen desselben vereinigen sich in seiner Person, im anderen Falle ist er nur der intellektuelle Urheber des Geschäftes, sein Interesse geht nur dahin, daß das Geschäft tatsächlich zustande kommt. Nun sind die Mandatsnormen mit geringen Ausnahmen, z. B. der Widerruflichkeit des Auftrages, dispositiven Charakters, d. h. sie finden nur dann und nur soweit Anwendung, als die Auftragsart es gestattet und keine gegenteilige Parteiabsicht erkennbar ist. Falls somit bei einem konkreten Rechtsgeschäfte, welches sich sonst als Auftrag erkennen läßt, sich Vorschriften über die „Herausgabe des Erhaltenen“ über „Vorschuß des Auftraggebers“ nicht anwenden lassen, so ist damit keineswegs gesagt, daß das Rechtsgeschäft nicht unter den Auftrag des B.G.B. fallen könne. Auch ist es nicht gerechtfertigt, aus dem Vorhandensein derartiger Vorschriften in dem positiven Auftragsrechte der §§ 662 ff. darauf zu schließen, daß es der Wille des Gesetzes sei, nur dann einen Auftrag anzunehmen, „wenn ein Geschäft aufgetragen wird, dessen wirtschaftliches und rechtliches Subjekt nicht der Beauftragte, sondern der Auftraggeber ist“.[1]) Diese Vorschriften sind nur für den Fall gegeben, daß der Auftraggeber Herr des Geschäftes bleiben will. Da weder in der Definition des Auftrages noch sonst im Gesetze eine Auskunft über die Art des aufgetragenen Geschäftes und seine Beziehungen zu Auftraggeber und Beauftragten enthalten ist, kommen wir zu dem Schlusse, daß es genügt, daß das zur Besorgung übertragene Geschäft in der Interessensphäre des Auftraggebers liegt, und auch der Umstand, daß der Auftraggeber bei gewissen Geschäften seine Eigenschaft als dominus negotii ver-

[1]) vgl. hierzu Förster a. a. O. S. 193 b.

liert, der Annahme eines nach den §§ 662 ff. zu beurteilenden Auftrages an sich nicht im Wege steht.

Regelmäßig wird das für die Geschäftsbesorgung des § 662 verlangte persönliche Interesse beim Kreditauftrage vorhanden sein, und gerade zur Befriedigung desselben wird der Auftrag erteilt werden. Das Interesse kann seine Begründung in einem rechtlichen, familiären, geschäftlichen oder sonstigen Verhältnisse zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten haben. Es geht sogar in den meisten Fällen soweit, daß, um sich die Erfüllung des Geschäftes zu sichern, gerade ein Auftrag erteilt wird, da der Auftraggeber alsdann in der Lage ist, den Beauftragten, der, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, seinen Auftrag angenommen hat, mit der actio mandati directa zur Erfüllung, zur Befriedigung seines Interesses, nötigenfalls im Wege der Klage anhalten zu können. In allen anderen Fällen, in denen sein Interesse an dem Geschäft nicht so weit geht, wird er sich, mit einer Empfehlung, einem Rat oder schließlich einer Ermächtigung begnügen können.

b) Ist zum Zustandekommen des Kreditauftrages ein Auftrag notwendig und gibt es einen entgeltlichen Kreditauftrag?

Wie wir gesehen haben, kann beim Kreditauftrag ein nach § 662 rechtsgültiger Auftrag vorliegen; damit nicht genug, es muß sogar ein solcher vorliegen, will man die Vorschrift des § 778 anwenden, und alle Fälle, in denen kein Auftrag vorliegt, fallen nicht mehr unter den Begriff des Kreditauftrages.

Diesen Standpunkt vertrat größtenteils die gemeinrechtliche Literatur, und während über das Wesen des Kreditauftrages, besonders auch über die Begrenzung der Mandats-

und Bürgschaftsgrundsätze, die Meinungen vielfach weit auseinander gingen, hatte doch die Ansicht, daß das Geschäft wenigstens zum Teil nach Mandatsregeln zu beurteilen sei, entschieden die Oberhand.[1]) Auch der 1. Entwurf zum B.G.B. geht, wie wir oben gesehen haben, zweifellos von einem juristischen Auftrage aus. Ihm ist auch das B.G.B. gefolgt, welches im Vergleich zum 1. Entwurf die Notwendigkeit eines Auftrages nicht beseitigte, sondern nur den Zeitpunkt, an welchem sich die Haftung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer in die des Bürgen verwandeln sollte, verlegte, um billigen Anforderungen gerecht zu werden. Beim Kreditauftrag muß, so sagt Bendix,[2]) „ein Mandat nicht nur im Ausdruck, sondern in Wirklichkeit vorhanden sein. Durch diesen Auftrag wird der Beauftragte zur Kreditgewährung verpflichtet, und gerade dadurch unterscheidet sich der Kreditauftrag von der Kreditbürgschaft, welch letztere nur eine gewöhnliche vertragsmäßige Bürgschaft für eine schon vorhandene oder eine spätere Verbindlichkeit aus einer Kreditgewährung ist, und demgemäß nur den Regeln über die Bürgschaft untersteht". Diese Auffassung des Kreditauftrages bis zur erfolgten Kreditgewährung oder besser bis zur Vornahme einer Handlung, durch welche sich der Beauftragte dem Dritten

---

[1]) vgl. Anm. 2 S. 3f.; ferner Unger, der sich auf Thöl, Handelsrecht § 302; Brinz, Pandekten II § 77; Wächter, Pandekten II S. 453f.; Dernburg, Pandekten II § 77; Bruns in Holzendorffs Enzyklopädie 5. Aufl. S. 520f. beruft und es geradezu als die herrschende Meinung bezeichnet, daß der Kreditauftrag ein eigentümlich beschaffenes Mandat, ein mandatum qualificatum sei.

[2]) Der Kreditauftrag nach dem B.G.B., im Archiv für Bürgerliches Recht von Kohler, Ring und Oertmann Bd. 20 Heft 2 S. 161, Berlin 1901.

gegenüber zur demnächstigen Kreditgewährung verpflichtet, als Mandat, findet sich fast in der gesamten Literatur zum B.G.B. wieder, jedoch meist ohne nähere Begründung. Einen eingehenden, sachgemäßen Beweis für das Erfordernis eines Auftrages finden wir bei Weidemann, der Eccius' Auffassung des Kreditauftrages als bloße Ermächtigung auf das entschiedenste bekämpft und widerlegt. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, „daß es an jeder Berechtigung fehlt, in den Ausdrücken des § 778 eine von dem gewöhnlichen Sinn abweichende Bedeutung zu vermuten". Wir werden später noch darauf zurückkommen, wenn wir den Inhalt des Auftrages beim Kreditauftrage besprechen, und verweisen daher hier nur auf die eingehenden Ausführungen in der schon mehrfach zitierten Abhandlung.[1])

Viel eingehender wie von Eccius ist die Beweisführung Försters gegen das Erfordernis eines Auftrages bei dem Geschäfte des § 778 B.G.B. Man kann darüber streiten, ob das B.G.B. in den Worten „wer einen anderen beauftragt" eine Definition des Kreditauftrages hat geben wollen, sicherlich stellen diese Worte, besonders im Hinblick auf die Vorgeschichte unseres Paragraphen, ein Erfordernis für das Zustandekommen der im folgenden ausgesprochenen Haftung dar. Auch geht Förster von der Voraussetzung aus, daß der Haftungswille bei Erteilung eines Kreditauftrages die Hauptsache sei, ja daß ohne das Vorhandensein desselben ein Kreditauftrag undenkbar, während es doch viel näher liegt, die Haftung aus den im Paragraphen vorgesehenen Umständen herzuleiten. Diese aber wiederum sind: 1. Vorliegen

[1]) vgl. Der Kreditauftrag, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 53. Bd. Neue Folge 38. Bd. 1. u. 2. Heft, Stuttgart 1903.

eines Auftrages, 2. das Entstehen einer Verbindlichkeit des Dritten aus der tatsächlichen Kreditgewährung. Liegen diese beiden Erfordernisse vor, so tritt die Bürgenhaftung des Auftraggebers kraft gesetzlicher Vorschrift des § 778 auch gegen den Willen desselben ein. Förster verkennt somit den Zweck des Kreditauftrages als Kreditvermittlungsgeschäft, und seine Bestrebungen, den Kreditauftrag einer bestimmten Vertragskategorie, den Garantieverträgen, einzuverleiben, führen ihn weit ab von dem wirklichen Kreditauftrage, wie er sich uns im früheren Rechte und auch heute im praktischen Leben zeigt. Verträge, wie er sie uns inhaltlich und nach ihrer äußeren Form in seinem Werke vorführt, stellen sich allerdings als reine Garantieverträge dar, aber sie genügen keinesfalls, und das wird auch im Verlauf der Beweisführung nicht bewiesen, den Vorschriften des § 778 B.G.B., sie sind keine Kreditaufträge. Sie werden zum Teil erst zu solchen, wenn sie in Auftragsform zustandekommen.

Wir haben somit gesehen, daß das B.G.B. keineswegs das Erfordernis eines Auftrages, weder stillschweigend noch ausdrücklich beseitigt, daß ferner im römischen und gemeinen Rechte ein Mandat zum Zustandekommen des Kreditauftrages erforderlich war, weiterhin, daß fast die ganze Literatur über das heutige Recht in dem Erfordernis eines Auftrages übereinstimmt. Auch die heutige Gerichtspraxis nimmt nur bei dem Vorliegen eines Auftrages das Vorhandensein eines Kreditauftrages an, und so kommen wir zu dem Ergebnis, daß zum Zustandekommen eines Kreditauftrages die Erteilung eines Auftrages unbedingt notwendig ist, und daß alle übrigen Kreditvermittlungsgeschäfte oder Garantieverträge und sämtliche Geschäfte, bei deren Eingehung der Parteiwille nicht auf den Ab-

schluß eines Kreditauftrages gerichtet ist, von der Vorschrift des § 778 auszuschließen sind. Wir sind der Ansicht, daß bei der Erteilung des Kreditauftrages die Absicht des Kreditauftraggebers zunächst dahin geht, einem Dritten Kredit zu verschaffen, betrachten demgemäß die Verpflichtung des Kreditgebers für erforderlich und somit den Auftrag für notwendig, und sehen in der späteren Garantenhaftung die gesetzliche Konsequenz eines derartigen Geschäftes.

Entscheiden wir uns somit für die Auftragstheorie, so drängt sich zunächst die Frage auf, ob zum Kreditauftrag ein Auftragsvertrag im Sinne des § 662 B.G.B., der unentgeltliche Geschäftsbesorgung verlangt, notwendig ist oder nicht.[1]) Weidemann tritt entschieden für die Behauptung ein, daß „der Tatbestand des § 778 B.G.B. sowohl den Fall des unentgeltlichen als auch den Fall des entgeltlichen Kreditauftrages decke".[2]) Die formellen Erwägungen, die Weidemann zur Begründung seiner Behauptung anführt, und der Umstand, daß in anderen Paragraphen der Ausdruck „Be-

[1]) Diese Frage hat außer von Weidemann in der Literatur bisher noch keine eingehende Berücksichtigung gefunden, die meisten Anhänger der Auftragstheorie begnügen sich damit, sich auf die Unentgeltlichkeit des Auftrages zu berufen und demgemäß auch die Unentgeltlichkeit des Kreditauftrages zu konstatieren. In unserer Auffassung des Kreditauftrages als eines reinen, somit unentgeltlichen Auftrages im Sinne des § 662 B.G.B., steht uns in der Literatur nur noch Bendix a. a. O. S. 161 zur Seite. Jedoch ist seine Beweisführung, wie auch Weidemann a. a. O. S. 453 Anm. 11 ausführt, nicht in allen Teilen einwandsfrei und nicht ausführlich genug, so daß wir für die folgenden Ausführungen Literaturbeläge nicht erbringen können.

[2]) a. a. O. S. 454.

auftragter, Auftrag“ usw. auch auf entgeltliche Geschäftsbesorgung angewandt wird, daß auch der Gesetzgeber nach einschneidender Änderung des Grundbegriffes des Auftrags sich nicht veranlaßt gesehen hat, die Konsequenzen daraus zu ziehen und die bestehenden Paragraphen der übrigen Reichsgesetze mit der Veränderung durch neue Fassung in Einklang zu bringen, können allein nicht maßgebend sein, besonders wenn man berücksichtigt, daß der § 778 in seiner heutigen Fassung erst nach der Änderung des Auftragsbegriffes des 1. Entwurfes (§ 585) durch § 593 des zweiten i. c. § 662 B.G.B. entstanden ist. Gerade der Umstand, daß bei der Neuregelung des Kreditauftrages, der Umändernng des § 680 E. I., trotz der inzwischen stattgefundenen einschneidenden Wandlung in der begrifflichen Bestimmung des Auftragsvertrages unbedingt festgehalten wurde, spricht für die Auffassung des Kreditauftrages als Auftrag im Sinne des § 662 B.G.B. Daß die schon bestehenden Gesetze nicht umgeändert wurden, kann nicht so sehr wundernehmen, wohl aber würde es erstaunlich sein, wenn die später oder gleichzeitig entstandenen Gesetze auf eine prinzipielle Umänderung eines im ganzen früheren Rechte bestehenden Begriffes[1]) keine Rücksicht genommen hätten.

Aber mit all diesen Schlüssen können wir, da sie nur auf Vermutungen beruhen, zu keinem festen Resultate kommen. Weidemann a. a. O. S. 453 behauptet aber weiter, indem er sich auf Staubs Erwägungen zu § 775 B.G.B. beruft, daß es unmöglich der Wille des Gesetzgebers sein könne, „daß ein Geschäft, das, wenn es unentgeltlich aus-

[1]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes 1. Bd., Jena 1899, S. 536 sub 2: „Der Auftragsbegriff des B.G.B. hat in dem bisherigen Rechte kein Vorbild.“

geführt, der Form des § 778 unterworfen ist, dieser einschneidenden Regelung völlig entzogen sein und seine eigenen Wege gehen soll, sobald das äußerliche Moment eines Entgelts hinzukommt". Hiergegen läßt sich zunächst einwenden, daß auch sonst im B.G.B. ein Geschäft, sobald das äußerliche Moment eines Entgelts hinzukommt, sich völlig verändert und unter eine andere Kategorie gestellt wird. Sobald z. B. in einem nach den §§ 598 ff. B.G.B. zu beurteilenden Geschäfte ein Entgelt hinzukommt, wird das Geschäft zur Miete und ist nunmehr nach den §§ 535 ff. B.G.B. zu behandeln; eine entsprechende Umwandlung finden wir unter den gleichen Voraussetzungen bei den §§ 516 ff. Aber sollte es nicht überhaupt gerade der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, die Sicherheit desjenigen, der unentgeltlich ein Geschäft besorgt, zu erhöhen, die unentgeltliche Geschäftsbesorgung sicherer zu stellen wie die entgeltliche? Auch in anderen Fällen stellt ja der Gesetzgeber denjenigen, der für einen anderen unentgeltlich tätig wird, besser als denjenigen, der gegen Entgelt eine Leistung übernimmt. So vermindert er z. B. im § 690 B.G.B. die Haftung des Verwahrers im Falle des unentgeltlichen Verwahrungsvertrages ausdrücklich gegenüber der Haftung im entgeltlichen Verwahrungsvertrage. Und das mit Recht, denn wenn ich mich für die Vornahme einer Handlung von einem andern bezahlen lasse, so ist es nur gerecht, daß ich für die Handlung, die ich nunmehr vornehme, selbst verantwortlich bin. Läßt sich aber der Beauftragte beim Kreditauftrag Provision geben, um sein Risiko zu vermindern, um einen bei dem Geschäfte möglichen Ausfall zu decken, so würde, falls man das Vorliegen eines Kreditauftrages annimmt, der Auftraggeber nunmehr nach § 778 auch noch als Bürge für einen erfolgten Ausfall zu verhaften sein.

An folgendem Beispiele, welches Weidemann a. a. O. S. 453 gibt, wollen wir nun sehen, wie sich im einzelnen das Geschäft darstellt, wenn für die Geschäftsbesorgung Provision gefordert wird, und wir wollen zeigen, daß das aus dem Geschäft entstandene Verhältnis recht wohl auch anders als nach § 778 B.G.B. beurteilt werden kann.

„Wenn A den Bankier B beauftragt, an C 1000 Mark zu leihen, so unterliegt dies Geschäft dem § 778 B.G.B.

Gesetzt nun, B macht von dem Recht des § 354 H.G.B. Gebrauch und fordert für seine Geschäftsbesorgung Provision von A."

Liegt nunmehr noch ein Kreditauftrag vor, oder mit was für einem Rechtsgeschäft haben wir es alsdann zu tun?

a) Hat A dem Bankier B gemäß § 662 B.G.B. einen Auftrag gegeben, dem C 1000 Mark zu leihen, ohne daß von einer Provision die Rede ist, und hat B die Erklärung auch als Auftrag erkannt und aufgefaßt, so liegt, falls B den Auftrag angenommen hat, ein Kreditauftrag vor. Nunmehr kann aber B, da er durch die Annahme stillschweigend die unentgeltliche Besorgung des Geschäftes übernommen hat, nicht nachträglich Provision von A für die Ausführung des Geschäftes verlangen. Das Geschäft ist und bleibt also von Anfang an ein Kreditauftrag im Sinne des § 778 B.G.B.

b) Hat A einen Auftrag im Sinne des § 662 erteilt, aber B denselben noch nicht angenommen und fordert B nun bei oder vor der Annahme Provision, so liegt in der Handlungsweise des A eine Vertragsofferte, deren bindende Kraft und Annahmefähigkeit sich nach allgemeinen Grundsätzen richtet. Nimmt nun B die Vertragsofferte des A unter der Bedingung einer Provision an, so liegt in dieser Erklärung des B zweifellos die Ablehnung der Offerte des A und eine neue Offerte

des B, in welcher letzterer sich erbietet, dem C 1000 Mark zu leihen, falls ihm A eine Provision dafür zahlt. Eine Garantenhaftung des A, die bei dem Vorliegen eines Kreditauftrages kraft Gesetzesvorschrift des § 778 unter Umständen entstände, besteht nun nicht mehr. Dieselbe müßte beim Vertragsschlusse ausdrücklich stipuliert werden, da nur ein gewöhnlicher zweiseitiger Vertrag zustande gekommen ist, der sich insbesondere nach den Vertragsbedingungen und im übrigen nach den allgemein im B.G.B. für Verträge aufgestellten Normen richtet. Selbst wenn in der Offerte des B die Bedingung gestellt war, A solle die Haftung nach § 778 B.G.B. übernehmen, so würde hierin nur die freiwillige vertragliche Übernahme einer Garantenhaftung zu erblicken sein.

c) Hat A wiederum einen Auftrag an B erteilt, dieser aber das Geschäft nicht als Auftrag erkannt und aufgefaßt, und fordert nun B nachträglich nach Abschluß des Geschäftes gemäß § 354 H.G.B. Provision, so ist aus dem Umstande, daß A eine Willenserklärung tatsächlich abgegeben hat oder doch hat abgeben wollen, welche eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, B aber seinerseits eine Erklärung abgegeben in dem Glauben oder der Voraussetzung, es handle sich um eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, das zustandegekommene Geschäft, da Dissenz vorliegt, nichtig. Verzichtet B auf die Provision, so kommt der Kreditauftrag nachträglich zustande; bewilligt aber A die Provision, so tritt der unter b besprochene Fall ein, will man nicht in der nach Vertragsschluß erfolgenden freiwilligen Honorierung eine Schenkung annehmen.

Gingen wir in den Beispielen a bis c von der Voraussetzung aus, daß von A ein nach den §§ 662 ff. zu beurteilender Auftrag tatsächlich erteilt wurde, so wollen wir im folgenden

das Geschäft betrachten, wenn von vornherein beim Abschluß ein Honorar oder eine Provision ausbedungen wurde.

Wir haben bereits als Erfordernis des Kreditauftrages hingestellt, daß der Parteiwillen beim Zustandekommen des Geschäftes auf Abschluß eines Kreditauftrages im Sinne des § 778 B.G.B. gerichtet sein und demgemäß eine Beauftragung zu einer Geschäftsbesorgung vorliegen muß.

Geschieht diese Beauftragung nun unter Bewilligung eines Entgeltes, so kann, da das heutige bürgerliche Recht keinen entgeltlichen Auftrag als solchen kennt, das zustande gekommene Geschäft sich als Dienst- oder Werkvertrag, welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, darstellen. Auf derartige Dienst- oder Werkverträge werden nun gemäß § 675 B.G.B. die meisten Vorschriften über den Auftrag angewandt, und so wird in der Literatur fast allgemein die entgeltliche Geschäftsbesorgung dieses Paragraphen, als sogenannter entgeltlicher Auftrag, dem unentgeltlichen Auftrage des § 662 B.G.B. gegenüber gestellt.

Es würde sich nun darum handeln, festzustellen:

α) Kann ein Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, dem im § 778 B.G.B. aufgestellten Erfordernisse eines Auftrages genügen?

β) Läßt sich der Kreditauftrag des § 778 B.G.B. überhaupt juristisch als Dienst- oder Werkvertrag, welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, konstruieren?

ad *α*) Sowohl in den §§ 611 ff. über den Dienstvertrag, als auch in den §§ 631 ff. über den Werkvertrag ist niemals ein juristischer Auftrag enthalten, und das Gesetzbuch vermeidet es auch peinlichst, sowohl zwischen dem Dienstpflichtigen und dem Dienstberechtigten, als auch dem Unter-

nehmer und Besteller, von einer Beauftragung oder einem Auftrag zu sprechen. Daß aber der Sprachgebrauch den Dienstherrn und den Besteller als Auftraggeber bezeichnet, kann hier absolut nicht in die Wagschale fallen. Auch wäre es ganz falsch, aus dem Umstande, daß § 675 B.G.B. die entgeltliche Geschäftsbesorgung den Regeln über den Auftrag zum Teil unterwirft, diese Geschäfte als Aufträge aufzufassen; sie bleiben vielmehr was sie sind und fallen unter ihre eigene Kategorie; es wird durch den genannten Paragraphen nur das Verhältnis zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstpflichtigen und dem Besteller und dem Unternehmer dem des Auftraggebers und Beauftragten teilweise gleichgestellt. Der Hauptunterschied liegt in der verschiedenen Art der Geschäftsbesorgung; § 662 regelt die unentgeltliche, während § 675 die entgeltliche Geschäftsbesorgung regelt, und erstere wird, falls sie in Auftragsform erteilt und angenommen wird, grundlegend für den Auftragsbegriff des B.G.B. Es wäre nun aber wohl nichts willkürlicher, als, anstatt vom Auftrage, den nun einmal § 778 verlangt, auszugehen, die in demselben enthaltene Geschäftsbesorgung als die Hauptsache anzusehen und von ihr ausgehend das Rechtsgeschäft zu beurteilen.

Wie wir bereits gezeigt haben, geht § 778 von dem Erfordernis eines Auftrages aus und knüpft an das Vorhandensein eines solchen die weiteren Konsequenzen. Demgemäß ist aber auch beim Kreditauftrag das Vorhandensein eines Auftrages ein Hauptmoment. Soll aber ein Auftrag überhaupt vorliegen, so muß derselbe unbedingt auch den im B.G.B. für dieses Rechtsinstitut in den §§ 662—674 aufgestellten Erfordernissen genügen. Würde ein anderes Merkmal — und Unentgeltlichkeit ist nach B.G.B. zweifellos Hauptmerkmal des Auftrages — fehlen, so würde man nie-

mals die Vorschrift des § 778 in Anwendung bringen können, und zwar nur aus dem Grunde, weil alsdann der vom Gesetzgeber vorgeschriebene Auftrag fehlt, und so kann man konsequenterweise beim Vorhandensein eines Entgeltes für die Annahme oder Ausführung des Auftrages, da alsdann auch kein Auftrag vorliegt, das Vorhandensein eines Kreditauftrages nicht annehmen.

Dem beim Kreditauftrage vorhandenen Bedürfnisse nach einem Auftrag kann somit keineswegs ein Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, genügen, da, wie wir oben gesehen haben, diese Rechtsgeschäfte weder Aufträge sind, noch jemals zu solchen werden.

ad β) Zu demselben Ergebnisse müssen uns auch noch folgende Erwägungen bringen, daß wir niemals den Kreditauftrag als Dienst- oder Werkvertrag, der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist, juristisch konstruieren können. Wie bereits gesagt, dehnt § 675 B.G.B. die meisten Vorschriften über den Auftrag auf einen Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, aus, und demgemäß fallen unter ihn allerdings entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge, aber nur solche, welche sich als Dienst- oder Werkverträge charakterisieren, und nicht schlechthin jegliche entgeltliche Geschäftsbesorgung. Um also gemäß § 675 den entgeltlichen Kreditauftrag — es sei hier gestattet, um den Gegensatz besser hervorzuheben, diesen Ausdruck zu gebrauchen — ebenfalls nach § 675 beurteilen zu können müßte man den Kreditauftrag als Dienst- oder Werkvertrag, der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist, auffassen.

Gegen diese Konstruktion des Kreditauftrages wendet sich auch Weidemann a. a. O. S. 468, indem er gegen die Auffassung des entgeltlichen Kreditmandates als eines Dienst-

vertrages den Umstand anführt, daß der Beauftragte nicht fortwährend unter der Leitung des Auftraggebers steht, sondern befugt sein soll, das Geschäft selbständig auszuführen, und daß er die Anweisungen des Auftraggebers doch nur insoweit zu befolgen braucht, als sie sich in den Grenzen des von ihm übernommenen Auftrages halten.

Auch gegen die Annahme eines Werkvertrages spricht er sich aus, „da der Kapitalist doch keinen Erfolg, sondern nur eine Tätigkeit in der Richtung auf einen vorschwebenden Erfolg verspreche".

Gleichwohl findet Weidemann, und er beruft sich hierbei auf Staub,[1]) der sogar die vertragsmäßige Ratserteilung auch als Werkvertrag auffaßt, daß der Werkvertrag immerhin auf unser Rechtsgeschäft besser passe als der Dienstvertrag. Aber die weitere Konstruktion des Kreditauftrages als Werkvertrag bereitet, wie sich aus den Ausführungen Weidemanns S. 469, 470 leicht ersehen läßt, große Schwierigkeiten, die nicht entstehen, wenn man von dem Kreditauftrag als reinem Mandat ausgeht. Dies zeigt sich besonders bei der beiden Parteien zustehenden einseitigen Aufrufsmöglichkeit. Ist der Kreditauftrag reines Mandat, oder doch zum Teil Auftragsvertrag, so gilt für diesen Teil bezüglich Widerruf und Kündigung die Vorschrift des § 671 B.G.B., will man ihn aber als Werkvertrag auffassen, so steht zwar dem Auftraggeber nach dem § 649 B.G.B. ein jederzeitiges Kündigungsrecht zu, dem Beauftragten dagegen, der doch bei unserem Geschäft am ehesten Interesse daran hätte, wird es direkt versagt, oder es läßt sich im günstigsten Falle nur durch eine ganz gezwungene Konstruktion erreichen. Hierauf werden wir unten noch weiter eingehen.

[1]) vgl. Staub, Exkurs zu § 349 Anm. 13 S. 1080.

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß der Kreditauftrag sich wohl kaum als Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, juristisch konstruieren läßt. Wie dem aber auch sei, selbst wenn eine solche Konstruktion möglich wäre, so würde nur damit gesagt sein, daß sich das in dieser Form zustandegekommene Geschäft im Sinne des § 675 nach den Regeln über den Auftrag richte, aber keineswegs, daß nunmehr, obwohl kein Auftrag vorliege, die Vorschrift des § 778 auf das Rechtsgeschäft anzuwenden sei.

Fassen wir die ganzen Erörterungen dahin zusammen, daß die Vorschrift des § 778 B.G.B. nur dann Anwendung finden kann, wenn ein nach den §§ 662 ff. gültiger, somit unentgeltlicher Auftrag erteilt und angenommen ist. Meistens wird in der Aufforderung, einem Dritten gegen Entgelt Kredit zu geben, nur ein Antrag zu einem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrage mit ausdrücklich übernommener Bürgschaft liegen; und da in den bei weitem meisten Fällen ein derartiges Geschäft zwischen Vollkaufleuten als Handelsgeschäft abgeschlossen wird, bedarf die Bürgschaftsübernahme nach § 350 H.G.B. nicht einmal der im B.G.B. vorgeschriebenen Schriftform, so daß das Resultat im wesentlichen mit dem durch § 778 B.G.B. erzielten zusammen fallen kann. Alle übrigen Fälle des entgeltlichen Kreditauftrages sind nach allgemeinem Vertragsrechte und den besonderen zwischen den Parteien beim Vertragsschlusse getroffenen Vereinbarungen zu beurteilen.

c) Zeitliche und inhaltliche Begrenzung des Auftrages beim Kreditauftrag.[1]) Widerruf und Kündigung.

Gehen wir im folgenden nun auf den Vertragsschluß beim Kreditauftrag ein und entwickeln das Zustandekommen

[1]) Auch mit der Erörterung dieser wie der im folgenden Para-

desselben, so finden wir zunächst, wie bei jedem Vertrage des B.G.B., Vertragsofferte, Willenseinigung und Annahme der Offerte. Der Abschluß des Kreditauftrages richtet sich somit nach den allgemein im B.G.B. für Verträge gegeben Normen und insbesondere nach den für Aufträge im II. Buch 10. Titel aufgestellten Spezialvorschriften; auch kann § 362 H.G.B. beim Abschluß in Frage kommen [1]).

Hierauf brauchen wir demnach nicht näher einzugehen, wohl aber müssen wir, zumal da die Ansichten hierüber sehr geteilt sind, den Inhalt des Auftragsvertrages näher in Augenschein nehmen, um die Grenzen des Auftrages und den Zeitpunkt der Erfüllung desselben feststellen zu können.

Beim Kreditauftrag ist der Auftrag nicht auf den tatsächlichen Abschluß eines Kreditgeschäftes, z. B. die Hingabe einer Geldsumme als Darlehn, sondern auf die Verpflichtung des Beauftragten, dem Dritten nötigenfalls oder gegebenenfalls Kredit zu geben, gerichtet. Dies tritt am besten bei dem von Weidemann so bezeichneten Krediteröffnungsvertrage zutage, bei welchem es dem Auftraggeber und auch dem Dritten zunächst nur darauf ankommt, eine bestimmte Zeit hindurch, z. B. bei der Begründung eines Handelsgeschäftes, bei einer angesehenen Firma Kredit zu genießen, auch wenn er denselben niemals in Anspruch zu nehmen genötigt ist. In dieser Ansicht stimme ich mit Weidemann überein, der a. a. O. S. 468 Anm. 26 sagt: „Das petitum des Mandanten geht entsprechend dem Inhalt der Auftragserteilung natürlich nicht

---

graphen unter a und b aufgeworfenen Fragen hat sich außer Weidemann a. a. O. die Literatur eingehender noch nicht beschäftigt.

[1]) vgl. Weidemann a. a. O S. 461 ff.

auf Abschluß des Kreditgeschäftes (Gewährung des Darlehns usw.), sondern auf Abgabe der zum Vertragsschluß erforderlichen Willenserklärung des Beauftragten.“ M. E. ist es aber nicht gut möglich, daß, wenn Inhalt und Gegenstand der Auftragserteilung nicht auf den tatsächlichen Abschluß des Kreditgeschäftes gehen, die Ausführung und Erfüllung dieses Auftrages in der Gewährung eines Darlehns usw. bestehen soll. Nichts anderes behauptet aber Weidemann a. a. O. S. 439, wenn er ausführt: „In dem Moment, wo die Kreditgewährung vollzogen ist, also eine Verbindlichkeit des Dritten und damit eine Garantenhaftung des Auftraggebers in die Erscheinung tritt, hört das Mandat auf zu existieren, obligatio soluta est.“ Weidemann scheut sich offenbar, aus dem oben Gesagten die notwendige Konsequenz zu ziehen, die ergibt, daß sobald der Beauftragte die genannte Willenserklärung abgegeben hat, er pflichtgemäß seinen Auftrag erfüllt hat, das Mandat beendet ist und schon jetzt bereits zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten obligatio soluta est. Es ist also der Auftrag auf die Schaffung eines Zustandes gerichtet, als dessen notwendige Konsequenz eine Kreditgewährung an einen Dritten erfolgen muß.

Diese Behauptungen bedürfen noch einer näheren Erörterung. Sobald der oben beschriebene Zustand ins Leben gerufen ist, hat der Beauftragte die Verpflichtung, die er durch die Annahme des Auftrages übernommen hat, erfüllt, der Auftrag ist durch Erfüllung beendet, und so würden an sich der Beauftragte und der Auftraggeber in keinem rechtlichen Verhältnisse mehr stehen. Wird nach dieser Erfüllung der auftraggemäß zustandegekommene Zustand von dem Beauftragten wieder aufgehoben, so kann somit auch nicht mehr der Auftraggeber mit der actio mandati directa Erfüllung ver-

langen, dagegen steht dem Dritten nunmehr das Recht zu, die Leistung von dem Beauftragten zu verlangen; nunmehr kann er nötigenfalls im Wege der Klage seine Ansprüche gegen den Beauftragten geltend machen, die allerdings nicht in der Wiedereinsetzung in den nach der Erfüllung des Auftrags geschaffenen Zustand, sondern in der Erfüllung der ihm persönlich gegenüber neu eingegangenen Verpflichtungen bestehen.

Nur in dem Falle, daß der Auftraggeber den Auftrag erteilt hat, dem Dritten eine bestimmte Zeit hindurch Kredit zu gewähren oder zu belassen, wird das Auftragsverhältnis nicht so schnell beendet; alsdann geht der Auftrag auf Schaffung und Aufrechterhaltung des Zustandes für die bestimmte Zeit und kann somit auch erst nach Ablauf dieser Frist von einer Erfüllung und der dadurch bedingten Beendigung des Auftrages die Rede sein.

Am besten können wir die Grenzen des Auftrages an einem Beispiele zeigen. B hat von A den Auftrag erhalten, dem D, dem B schon längere Zeit 1000 Mk. geliehen hat, diesen Kredit noch weiter zu belassen. B hat den Auftrag angenommen und demzufolge dem D den Termin zur Rückzahlung des Darlehns um, sagen wir, ein weiteres Jahr verlängert. Zweifellos ist nun im ersteren Falle, da A den B schlechthin zur Verlängerung des Kredites beauftragt hat, der Auftrag des A erfüllt. Verlangt nun B grundlos vor Ablauf des Jahres von D das Darlehn zurück, so kann ihm nur noch D entgegentreten und die Leistung, da sie noch nicht fällig ist, verweigern, nicht mehr dagegen kann A aus dem früheren beendeten Auftragsverhältnisse den B zur Weitergewährung des Kredites anhalten.

Im zweiten Falle dagegen, in dem A den B beauftragt,

dem D den Kredit auf eine bestimmte Zeit, ein weiteres Jahr zu verlängern, ist das Verhältnis ein ganz anderes. Fordert nunmehr B vorzeitig das Darlehn zurück, so kann ihn einerseits A mit der actio mandati directa zur Erfüllung des angenommenen Auftrages anhalten; denn hier besteht die Erfüllung nicht nur in der Erklärung oder rechtsgültigen Verpflichtung dem D gegenüber, die 1000 Mk. erst nach Ablauf des weiteren Jahres zurückzuverlangen, sondern auch in der Aufrechterhaltung dieses Zustandes für die vereinbarte Zeitdauer. Andererseits kann auch D aus dem neugeschaffenen internen Verhältnisse mit B die Leistung ebenso wie im ersten Falle verweigern.

Allerdings kann dem Beauftragten, der seinen Auftrag z. B. durch ein Darlehnsversprechen gegenüber dem D erfüllt hat, der Schutz des § 610 B.G.B. nicht zuteil werden; denn da nach § 778 der A als Bürge für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten haftet, so könnte selbst bei nachträglich eintretender wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des D von einer Gefährdung des Anspruches auf Rückerstattung erst die Rede sein, wenn auch in den Vermögensverhältnissen des A nachträglich eine derartige Verschlechterung eingetreten wäre, daß seine Bürgschaft keine genügende Sicherheit mehr bietet. Dann ist aber auch die Hingabe des Darlehnsversprechens nicht das ureigentliche, selbständige Geschäft des B, sondern eine für A vorgenommene Geschäftsbesorgung, die Erfüllung einer dem A gegenüber eingegangenen Obligation und kann daher ohne Einwilligung des A nicht zurückgenommen oder rückgängig gemacht werden.

Wir haben also gesehen, daß die Abgabe der zum Vertragsschlusse erforderlichen Willenserklärung des Beauftragten

sowohl dem A als besonders auch dem D gegenüber genügende Sicherheit für das Zustandekommen einer späteren Kreditgewährung bietet, daß sich der Inhalt des Auftrages nur darauf beschränkt und daß auch, wenn die Annahme des Auftrages, die Abgabe der den B verpflichtenden Erklärung gegenüber dem D und die tatsächliche Hingabe des Darlehns zeitlich zusammenfallen, wir es mit ganz verschiedenen Rechtsgeschäften: Auftragserteilung, Annahme des Auftrags, Vertragsofferte des B gegenüber dem D, Annahme des D — Erfüllung und Beendigung des Auftrags — und zum Schlusse Erfüllung der zwischen B und D zustandegekommenen Obligation zu tun haben.

Zur Annahme dieser juristischen Konstruktion des Kreditauftrages, dieser scharfen Trennung und Begrenzung des Auftrages von dem tatsächlichen Kreditgeschäfte, zwingen uns vor allem auch noch die Fassung und die Wortstellung unseres Paragraphen, die besonders im Hinblick auf die Geschichte des Kreditauftrages und den Wortlaut des § 680 E. I eine scharfe Trennung zwischen Auftrag und Kreditgeschäft als tatsächlich vom Gesetzgeber gewollt erscheinen lassen.

Allerdings erleidet durch diese enge Begrenzung des Auftrages das Widerrufsrecht einerseits und das Kündigungsrecht andererseits eine starke Einbuße. Selbstverständlich kann der Auftrag nur bis zu seiner Erfüllung vom Auftraggeber widerrufen und vom Beauftragten gekündigt werden, und ist somit, da beim Kreditauftrag in den bei weitem meisten Fällen Annahme und Erfüllung zusammenfallen, Widerruf und Kündigung fast ganz illusorisch. Auch wenn wir dem Auftragsverhältnisse eine längere Dauer zusprechen, bleiben sie dies, wie wir unten sehen werden.

Widerruf und Kündigung verlieren beim Kreditauftrag nicht zum mindesten deshalb an Bedeutung, weil § 778 B.G.B. die Haftpflicht des Auftraggebers nach erfolgter Kredithingabe oder doch rechtsverbindlicher Verpflichtung des Beauftragten gegenüber dem Dritten zur Kredithingabe von einem Weiterbestehen oder Erlöschen des Auftragsverhältnisses unabhängig gemacht hat. Wird also nach der Kredithingabe der auf eine bestimmte Zeit erteilte Auftrag durch Widerruf oder Kündigung beendet, so hat dies auf die Haftpflicht des Beauftragten zunächst keine Einwirkung.[1])

Auch bei der Erörterung des Widerrufs und Kündigungsrechtes sind wieder die beiden Fälle, daß A im allgemeinen den Auftrag erteilt hat, oder den Auftrag an eine bestimmte Zeitdauer gebunden hat, zu unterscheiden. Im ersten Falle ist nach der Abgabe des Darlehensversprechens, da alsdann schon das gegenseitige Auftragsverhältnis gelöst ist, sowohl von seiten des A ein Widerrufsrecht als von seiten des B eine Kündigung vollständig ausgeschlossen, und im zweiten Falle nützt es dem B wenig, wenn er seinen Auftrag kündigt, da er durch das Darlehnsversprechen gegenüber dem D gebunden ist; wohl aber kann er gegebenenfalls nach erfolgter Kündigung sich die Vorschrift des § 610 zu Nutzen machen, um sich von seinem Darlehnsversprechen zu befreien.

Auch kann im zweiten Falle ein Widerruf des A insofern von Bedeutung werden, als nunmehr B berechtigt beziehungsweise verpflichtet ist, die ihm vom Gesetz gewährten Mittel, sich von seinem Versprechen, welches er noch nicht realisiert hat, zu befreien, zu benutzen, so muß er z. B., wenn die Voraussetzungen gegeben sind, sein Darlehnsversprechen nach

---

[1]) vgl. hierzu die Ausführungen S. 29f.

§ 610 widerrufen. Jedenfalls haftet nach erfolgtem rechtzeitigen Widerrufe A nur dann und so weit, als dem B nicht die Möglichkeit geboten war, die Erfüllung seines Versprechens ganz oder teilweise zu verweigern. Aber darauf werden wir in einem späteren Absatze bei der Besprechung der gegenseitigen Diligenzpflichten noch näher eingehen. Hier wollen wir nur noch hervorheben, daß diese Verminderung der Möglichkeit eines Widerrufs und einer Kündigung beim Kreditauftrag, sowohl im Interesse der Verkehrssicherheit, als besonders im Interesse beider Vertragsparteien durchaus notwendig und gerechtfertigt erscheint und in der eigenartigen im § 778 neu begründeten Haftpflicht ihre Begründung findet. Ja die Verkehrssicherheit, die Sicherheit des Kreditverkehrs erfordert m. E. unbedingt eine möglichste Ausschließung der Kündigung und des Widerrufs beim Kreditauftrage; wird doch in den bei weitem meisten Fällen, wie auch Weidemann a. a. O. S. 471 anführt, der Kreditauftrag erteilt, um einem beiden Teilen als zahlungsschwach bekannten Dritten Geldmittel zu verschaffen, und um den Kredit desselben bei seinen vorhandenen oder künftigen Gläubigern zu begründen oder zu erhöhen. Und gerade dieser letztere Zweck, in dem Falle des von Weidemann so bezeichneten Krediteröffnungsvertrages, wird gänzlich verfehlt, wenn die Gläubiger befürchten können oder müssen, daß ein Teil vorzeitig kündigt oder widerruft.

Noch für einen anderen ganz exzeptionellen Fall können wir ein Widerrufsrecht des Beauftragten konstruieren; wenn nämlich vor erfolgter Kredithingabe Umstände eingetreten sind, welche die Kreditgewährung als so gefährdet erscheinen lassen, daß mit Bestimmtheit angenommen werden darf, der Promittent würde, wenn ihm diese Umstände schon bei dem Geschäftsschluß, bei der Erfüllung des Auftrages, bekannt gewesen

wären, sich zu der Kreditzusage nicht verstanden haben.[1]) Wir müssen dabei allerdings den Kreditauftrag auch in dem Verhältnis zwischen Mandatar und Mandant als Kreditgeschäft auffassen, was ja weiter keine Schwierigkeiten bereitet, wenn man bedenkt, daß die notwendige Konsequenz des erfüllten Auftrages ein Kreditgeschäft ist, das somit auch schon bei der Auftragserteilung und der Annahme des Auftrages, wenn nicht tatsächlich, so doch in nuce vorhanden war.

§ 2.

Der § 778 und seine Vorschrift.

a) Die Obligation aus dem Kreditauftrage.

Nach der Vorschrift des § 778 B.G.B. haftet derjenige, welcher einem andern einen Kreditauftrag erteilt hat, dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge.

Nach Beendigung, Erfüllung des Auftrages würden, wie bereits gesagt, die beiden Kontrahenten in gar keinem rechtlichen Verhältnisse mehr stehen. Die Wirkungen der Vorschriften über den Auftrag gehen über die Erfüllung und die dadurch bedingte Beendigung desselben nicht hinaus, und eine aktio mandati contraria des Beauftragten gegenüber seinem Auftraggeber auf Erstattung des Schadens, den ersterer aus der Erfüllung seines Auftrages erlitten, wie sie noch das gemeine Recht hatte, kennt das B.G.B. nicht. Mangels einer besonderen Vereinbarung gibt es nach B.G.B. neben der Erstattungspflicht des § 670 eine derartige Schadloshaltungs-

[1]) vgl. hier zu Weidemann a. a. O. S 470, der sich auf die Entsch. des R.O.H.G. Bd. 23 S. 137 ff. sowie auf das Urteil bei Seuffert Bd. 29 Nr. 135 beruft.

pflicht des Auftraggebers nur im Falle des Verschuldens. Hier greift die Vorschrift des § 778 B.G.B. ein, indem der Auftraggeber für den Fall, daß eine Kreditgewährung tatsächlich erfolgt ist, für die aus derselben entstandene Verbindlichkeit des Dritten als Bürge verhaftet wird.

Wie wir später unten zeigen werden, sind in dieser Haftung des Auftraggebers weitgehende Diligenzverpflichtungen für den Beauftragten enthalten, die bereits das ganze Rechtsverhältnis nach Erfüllung des Auftrages bis zur tatsächlichen Kredithingabe beherrschen und als Bürgschaft erscheinen lassen.

Die Vorschrift des § 778 B.G.B. konstruiert eine zweiseitige Begrenzung der Obligation des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten beim Kreditauftrage. Inhalt und Umfang der Haftpflicht wird aufgestellt und begrenzt. Der Auftraggeber haftet für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten dann, wenn und so weit als ein Bürge haftet. Dann wenn: alle Fälle, in denen der Bürge von seiner Haftung befreit sein, insbesondere ihn das Verhalten des Gläubigers von seiner Bürgschaft entbinden würde, kommen in gleicher Weise auch dem Auftraggeber beim Kreditauftrage zustatten. Soweit als: seine Haft- und Schadloshaltungspflicht wird nach Bürgschaftsregeln beurteilt, und zwar besteht dieselbe nur für eine Verbindlichkeit des Dritten, die nach Erfüllung des Auftrages aus der erfolgten Kreditgewährung entstanden ist.

Zweifellos beabsichtigte der Gesetzgeber, durch die Worte: „für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Drittten“ eine Beschränkung der Haftung des Auftraggebers herbeizuführen und ihn nur für die eine direkt aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit zu verhaften. Die obige Fassung des Paragraphen legt die Annahme nahe,

daß der Beauftragte vor allem nicht für solche Verbindlichkeiten des Dritten einzustehen hat, die durch neue Tatsachen, z. B. Verzug usw. neu entstanden sind.

Er haftet somit für die Hauptverbindlichkeit nebst den vereinbarten Zinsen, nicht aber z. B. nach § 767 B.GB. Abs. 2 für die dem Gläubiger vom Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung; auch nicht, selbst wenn dies nach Bürgschaftsregeln der Fall wäre, für Vertragsstrafen und Verzugszinsen, und zwar darum nicht, weil diese wohl kaum als direkt aus der Kreditgewährung entstandene Verbindlichkeiten des Dritten anzusehen sind, was von den vereinbarten Vertragszinsen wohl behauptet werden muß. Zu dem gleichen Resultat führt uns auch noch folgende Erwägung: Sollten alle im kausalen Zusammenhang mit der Kreditgewährung noch entstehenden Verbindlichkeiten des Dritten in die Bürgenhaftung des Auftraggebers eingeschlossen werden, so hätte sicherlich der Paragraph von entstehenden Verbindlichkeiten reden müssen.

Ganz im Gegensatz zum gemeinen Recht, in welchem, trotz verschiedener entgegengesetzter Meinungen, auch die Obligationen aus dem Bürgschaftsvertrage und dem Kreditauftrage grundsätzlich verschieden war, wird nunmehr nach B.G.B. die Haftung des Kreditmandanten zu einer streng akzessorischen und subsidiarischen,[1]) denn die Bürgenhaftung

---

[1]) Im gemeinen Recht war, wie auch heute, der Bürge durch den Bürgschaftsvertrag auf Grund der Hauptschuld zum Leisten verpflichtet; dagegen war der Mandatar dem Mandator gegenüber ex mandato zum Ersatz des dem Mandator aus der pflichtgemäßen Erfüllung des Auftrages entstandenen Schadens, mithin unter Umständen z. B. beim Nichtleisten oder Nichtleistenkönnnen des Kreditempfängers zur Erstattung der dem Dritten kreditierten Summe verpflichtet. So konnte auf einem

ist auch nach Bürgerlichem Gesetzbuche akzessorisch und subsidiär geblieben. Ergebnis der akzessorischen Natur seiner Bürgenhaftung ist für den vom Beauftragten in Anspruch genommenen Kreditauftraggeber, daß er nicht an die Stelle, sondern neben den Dritten tritt. Er haftet also nur, wenn eine Hauptschuld, eine Verbindlichkeit des Dritten entstanden ist, und Inhalt und Umfang seiner Haftpflicht halten sich in den Grenzen der entstandenen Verbindlichkeit. Er kann selbstverständlich auch alle dem Hauptschuldner zustehenden peremtorischen und dilatorischen Einreden selbständig geltend machen und sich auf Verjährung, Tilgung und Minderung der Hauptschuld berufen, selbst wenn der Dritte auf eine dieser Einreden verzichtet haben sollte. Auch kann er jeder nachträglichen Erweiterung oder Vergrößerung seiner Verpflichtung, insofern als dieselbe bei Eingehung der Verbindlichkeit des Beauftragten gegenüber dem Dritten nicht enthalten war und die Grenzen des von ihm erteilten Auftrages überschreitet, entgegentreten. Er wird überhaupt nach § 776 von seiner Bürgenhaftung insoweit frei, als er aus einem vom Beauftragten aufgegebenen Rechte nach § 774 Ersatz hätte erlangen können usw. usw. Dagegen darf er sich gemäß §§ 1975 ff. und 1994 ff. beim Tod des Hauptschuldners nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.

Auch die der Bürgschaft eigene Subsidiarität kommt bei der Obligation des Kreditmandanten zum Ausdruck. Der Auftraggeber ist Nachschuldner des Dritten, und die in den

---

juristisch ganz verschiedenen Wege dasselbe Resultat wie bei der Bürgschaft erzielt werden, obgleich die Obligation aus dem mandatum qualificatum keineswegs akzessorisch noch subsidiär war.

§§ 771—773 B.G.B. geregelte Einrede der Vorausklage steht ihm in gleichem Maß und Umfang zu wie dem Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrage. Allerdings wird dieselbe für den Kreditauftrag nicht die volle Bedeutung haben, da wohl meistens für den Auftraggeber das Kreditmandat ein Handelsgeschäft sein wird und somit die §§ 349, 343, 351 H.G.B. in Kraft treten.

Kurz zusammenfassend haftet also der Kreditauftraggeber, selbst wenn bei Eingehung des Kreditauftrages sein Haftungswille nicht ausdrücklich stipuliert wurde, ja selbst wenn derselbe gar nicht vorhanden war, gemäß § 778 B.G.B. als Garant des Dritten nicht schlechthin, sondern nur für die Verbindlichkeit des Dritten, die als Folge des erfüllten Auftrages aus der Kreditgewährung entstanden ist.

Nur der Erwähnung bedarf es noch, daß der Kreditauftraggeber nach erfolgter Befriedigung des Beauftragten ipso iure nach § 774 B.G.B. die Forderung des Beauftragten erwirbt und ihm alsdann, wie jedem Bürgen, sämtliche Rechte aus dem zwischen dem Beauftragten und dem Dritten abgeschlossenen Rechtsverhältnisse zustehen. Meistens wird er ja auch noch zu dem Dritten in irgend einem selbständigen, besonderen juristischen Verhältnis stehen, so daß bei genügender Begründung des Bestehens eines solchen ihm in elektiver Konkurrenz die Wahl zusteht, sein Recht auf dem einen oder andern Wege geltend zu machen.

b) Die gegenseitige Diligenzpflicht der Kontrahenten.

Teils aus dem Mandatscharakter des Kreditauftrages, teils aus der bedingten Art der Haftung des Kreditmandanten ergibt sich beim Kreditauftrag eine weitgehende Diligenzpflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber.

Zunächst muß der Beauftragte bei Erledigung seines Auftrages, beim Abschluß des Vertrages mit dem Dritten, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden; d. h. er darf sich dem Dritten gegenüber nur soweit verpflichten, daß sich die spätere tatsächliche Kredithingabe in den Grenzen des vom Auftraggeber erteilten Auftrages hält, und ebenso hat die Kreditgewährung unter all den Vorsichtsmaßregeln zu erfolgen, die bei ordnungsgemäß geführten Geldgeschäften verkehrsüblich sind. Hierzu gehört vor allem Beschaffung eines gültigen Schuldscheines und überhaupt die Sicherung ausreichender Beweismittel für die erfolgte Kredithingabe.

In den meisten Fällen, in denen der Kreditauftraggeber schlechthin zur Kreditgewährung auffordert, würde seine Haftpflicht auf unbestimmte Zeit und in unbestimmter Höhe bestehen. Hier greifen die Vorschriften über die bona fides ein. Gemäß § 157 B.G.B. ist der Beauftragte verpflichtet, den mit dem Auftraggeber geschlossenen Auftragsvertrag so auszulegen, wie Treu und Glaube mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und wird somit im einzelnen Falle die bona fides die Höhe und Zeitdauer der Haftung des Kreditmandanten zu bestimmen haben. Besonders wenn man berücksichtigt, daß der Kreditmandant die im § 778 enthaltene Haftung doch sicher nur rebus sic stantibus übernehmen wollte, und ferner, daß nach der Erfüllung des Auftrages die einseitige Aufhebung des Vertrages durch eine Partei ausgeschlossen ist, so ist es nur gerecht, dem Kreditmandanten die Möglichkeit, sich von seiner Haftung zu befreien, zu gewähren, wenn der Beauftragte in einer den Umständen nach angemessenen Zeit nach Abschluß des Kreditauftrages den Kredit nicht gewährt hat. Allerdings bedarf es dann zur Befreiung des Auftraggebers, da durch die Vorschrift des § 778 seine Haftpflicht bedingungslos

aufgestellt ist, einer ausdrücklichen Erklärung gegenüber dem Beauftragten. Nach dieser Erklärung verlangt es die bona fides, daß der Beauftragte alle etwa vorhandenen Möglichkeiten benutzt, die ihn von seiner gegenüber dem Dritten eingegangenen Verbindlichkeit befreien können, und die Kreditgewährung unterläßt.

Nach erfolgter Kredithingabe hat der Beauftragte, wie wir bereits oben erwähnten, hinsichtlich der Eintreibung und Sicherstellung seiner Forderung an den Dritten alle Vorschriften zu beobachten, die das Gesetz in dieser Hinsicht für den Gläubiger aus dem ebenfalls bona fide zu erfüllenden Bürgschaftsvertrage aufgestellt hat. Denn neben den Pflichten des Bürgen müssen wir dem Kreditauftraggeber, wie wir bei der Behandlung der Obligation aus dem Kreditauftrag gezeigt haben, auch alle diesem zustehenden Rechte zuerkennen, und demgemäß die Diligenzpflicht des Beauftragten auf dieselben ausdehnen.

Hat somit der Beauftragte gegenüber seinem Auftraggeber die weitestgehenden Diligenzpflichten zu beobachten, so ist durch die Vorschrift des § 778, die den Auftraggeber beim Kreditauftrag für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürgen verhaftet, seine Diligenzpflicht gegenüber dem Beauftragten, wenn nicht juristisch so doch tatsächlich im Vergleich zum gewöhnlichen Auftrage erweitert; denn nunmehr zwingt ihn die eventuell demnächst zu erwartende Haftung, nach Möglichkeit dafür Sorge zu tragen, jede denkbare Sorgfalt aufzuwenden, daß der Beauftragte aus dem dereinst einzugehenden Kreditgeschäfte nicht zu Schaden kommt. Haftet er doch alsdann dem Beauftragten als Bürge.

c) Die Form des Kreditauftrages.

Die Frage nach der Form des Kreditauftrages, insbesondere danach, ob die Formvorschrift des § 766 B.G.B. auch auf das Kreditmandat auszudehnen sei, ist in der Literatur über das B.G.B. bereits mehrfach erörtert[1]) und schließlich vom Reichsgerichte[2]) dahin entschieden worden, daß formlose Erteilung des Kreditauftrages genüge. Neben den vom Reichsgerichte zur Begründung angeführten Ausführungen, auf die wir hier verweisen, bedarf noch einer der Erwähnung. Der § 766 B.G.B. bestimmt, daß zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung notwendig sei, und zwar gemäß den Protokollen, um leichtsinnige und übereilte Bürgschaftsübernahmen tunlichst zu vermeiden. Der Paragraph verlangt also zum Entstehen einer Bürgenhaftung obige Form; im Gegensatz hierzu besteht beim Kreditauftrag kraft Gesetzesvorschrift des § 778 eine Bürgenhaftung, sobald 1. ein gültiger Auftrag erteilt, 2. eine Kreditgewährung tatsächlich erfolgt ist, und kann somit doch nicht eine zum Entstehen obiger Haftung notwendige Form noch verlangt werden. Auch ist das Geschäft bei seinem Entstehen reines Mandat, das als solches zu seiner Gültigkeit keine Schriftform verlangt.

Keinesfalls ist es außerdem gerechtfertigt, die Schriftform nur deshalb zu verlangen, weil das Kreditmandat sehr häufig denselben Zweck verfolgt wie die Bürgschaft, und so die Fälle, zu deren Vermeidung gerade die Schriftform des Bürg-

---

[1]) Eccius a. a. O. S. 63; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 2, Berlin 1900: Erörterungen zu § 778 B.G.B. S. 522; Weidemann a. a. O. S. 461 f. und fast sämtliche Kommentare und Lehrbücher. Für die Schriftform, z. B.: Scherer, B.G.B. II. Buch, Erlangen 1899, S. 1126: Erörterungen zu § 778 B.G.B. 2.

[2]) Entscheidung in Civilsachen 50 S. 160.

schaftsvertrages für notwendig erachtet wurde, beim Kreditauftrag in gleicher Weise wie bei der Bürgschaft vorkommen können.

Somit müssen wir wohl annehmen, daß beim Kreditauftrage die Vorschrift des § 766 B.G.B. keine Anwendung finden kann, sondern daß der Kreditauftrag durch formlose Erklärung, d. h. Beauftragung des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten und ebenso formlose Annahme dieses Auftrages zustande kommt.

III. Stellung des Kreditauftrages im Vergleich zu anderen ähnlichen Rechtsgeschäften.

§ 1.

Kreditauftrag, Bürgschaft und Kreditrat.

Nach der Fassung des § 778 B.G.B. ist bei der Eingehung des Kreditauftrages der Zweck, weshalb er eingegangen wird, vollständig gleichgültig, mag der Mandator lediglich die Absicht gehabt haben, sich durch den Kreditauftrag für den Dritten zu verbürgen, oder mag ihm besonders darum zu tun gewesen sein, dem Dritten Kredit zu verschaffen, oder den einmal gegebenen Kredit zu verlängern; beides ist ihm nach § 778 B.G.B. möglich, und hier wie dort haftet er nach der Ausführung des Auftrages und erfolgter Kredithingabe nach Bürgschaftsgrundsätzen.

Schon aus diesem Grunde und auch daher, daß sowohl im alten römischen Rechte[1]) und mit ihm im gemeinen Rechte

[1]) de fideiussoribus et mandatoribus Dig. 46, 1; Cod. § 41.

und in fast sämtlichen Kodifikationen der Neuzeit,[1]) ebenfalls auch im neuen B.G.B. der Kreditauftrag in Gesellschaft der Bürgschaft erscheint, wurde das Verhältnis dieser beiden Rechtsinstitute zueinander auf die verschiedensten Arten gedeutet. Der Kernpunkt gipfelt in der Frage: Ist der Kreditauftrag in die Bürgschaft übergegangen; ist der Kreditauftrag eine Unterart der Bürgschaft?

Diese im gemeinen Recht, wie wir anfangs schon sagten, lebhaft ventilierte Frage,[2]) ist nach B.G.B. dahin zu ent-

---

[1]) Entwurf eines B.G.B. für das Königreich Bayern; B.G.B. für das Königreich Sachsen; Schweizer Bundesgesetzbuch; Preußisches allgem. Landrecht u. a. m.

[2]) vgl. oben Anm. 3 S. 2, ferner neben den dort angeführten Schriftstellern: Dernburg, Pandekten 2. Bd., Berlin 1886; Gesterding, Alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten, Greifswald 1818; Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht, Jena 1850/51; Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, 3. Bd.: Obligationenrecht. Leipzig 1858; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 2. Bd. Leipzig 1861; Unger, Handeln auf fremde Gefahr aus Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 33. Bd. Neue Folge 21. Jena 1894; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Marburg 1856; Wächter, Pandekten II. Das Ergebnis der genaueren Prüfung dieser Literatur über das Verhältnis von Bürgschaft und Kreditauftrag zu einander im gemeinen Recht ist wohl folgendes: mandatum qualificatum und intercessio, Kreditmandat und Bürgschaft sind zwei gleichzeitig nebeneinander bestehende formell und auch materiell wesentlich verschiedene Verträge. Der eine, der Bürgschaftsvertrag, ist lediglich nach Bürgschaftsregeln und Grundsätzen zu behandeln. Der zweite, der auf einem formell zwar wesentlich verschiedenen Wege denselben Erfolg bezwecken kann, aber nicht muß, wie die Bürgschaft, ist ein eigentümlich beschaffenes Mandat, welches in der Hauptsache den Regeln über das Mandat unterliegt. Diese Regeln

scheiden, daß der Kreditauftrag ein selbständiges Rechtsinstitut ist und nur die wirtschaftliche Ähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute Bürgschaft und Kreditauftrag eine Annäherung der beiden Geschäfte notwendig machte und auch heute noch als durchaus gerechtfertigt erscheinen läßt.

Formell unterscheiden wir bei der Bürgschaft einen Vertrag, den Bürgschaftsvertrag, der auch die Haftpflicht des Bürgen begründet; bei dem Kreditauftrage jedoch zwei selbständige zwischen verschiedenen Personen abgeschlossene Verträge: a) einen Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Kreditgeber, einen Auftrag, b) einen Vertrag zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer, dem sogenannten Dritten, dessen Natur sich nach seinem besonderen Entstehungsgrunde bestimmt. Der Abschluß des zweiten Vertrages ist die Erfüllung der Obligation aus dem ersten Vertrage. Ferner haben wir beim Kreditauftrage eine selbständige, gesetzlich allerdings der Bürgschaftshaftung gleichgestellte Haftpflicht, die sich weder direkt auf den ersten noch den zweiten Vertrag stützt, sondern erst mit und durch die Erfüllung des zweiten Vertrages in die Erscheinung tritt und demgemäß nach Inhalt und Umfang zur Hauptsache durch diesen begrenzt wird.

Während die Bürgschaft in erster Linie die Sicherung des Gläubigers bezweckt und mit der ausgesprochenen Absicht, eine Verpflichtung zur Schadloshaltung einzugehen, abgeschlossen wird, ist beim Kreditauftrage eine Kreditvermittlung, ein Anstoß und eine Verpflichtung zur Kreditgewährung

---

sind jedoch durch verschiedene Modifikationen, die das mandatum qualificatum mit der Bürgschaft gemeinsam erlitten, wesentlich erweitert worden.

beabsichtigt und zunächst von der Übernahme eine Haftung gar keine Rede.

Wir stoßen hier auf eine Frage, die wir besonders, da sie von Förster[1]) eingehend und zwar unserer Meinung entgegengesetzt behandelt wird, nicht übergehen können. Es handelt sich darum, ob der Haftungswille beim Auftraggeber beim Abschluß des Kreditauftrages vorhanden sein muß und ob demgemäß die Haftung desselben auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruht? Gerade bei Behandlung dieser Frage werden wir am besten die grundsätzliche Verschiedenheit von Kreditauftrag und Bürgschaft im B.G.B. erkennen können, und gleichzeitig treten auch die Hauptunterschiede zwischen Kreditauftrag und Kreditrat zutage.

In unserer ganzen Abhandlung gingen wir von der Voraussetzung aus, daß der Haftungswille nicht erforderlich sei; Förster a. a. O. jedoch schließt ohne das Vorliegen desselben das Vorhandensein eines Kreditauftrages aus. Zum Beweise zieht er den Tatbestand des Rates heran, findet an sich beim Kreditrate denselben Tatbestand wie beim Kreditauftrage und schließt aus den bei den beiden Rechtsgeschäften hervortretenden entgegengesetzten Folgen — hier Haftung, dort nicht Haftung —, daß der Wille der Auffordernden ververschieden sein müsse; der Kreditauftraggeber hafte, weil er sich verbindlich machen wolle; der Kreditratgeber hafte nicht, weil er sich nicht verbindlich machen wolle, und so findet er den Rechtsgrund der Haftung in dem Haftungswillen des Auftraggebers, in der rechtsgeschäftlichen Parteiabrede zwischen Auftraggeber und Beauftragten.

---

[1]) a. a. O. S. 180 ff.

Unseres Ermessens liegt der Fall ganz anders. Weder findet der Ausschluß der Haftung des Kreditratgebers allein darin seine Begründung, daß er nicht haften will, noch haftet der Auftraggeber um dessentwillen, weil er haften will. Der Ratgeber haftet nicht, weil er gemäß § 676 keine Haftung aus seinem Rate übernimmt, und der Kreditauftraggeber haftet, weil § 778 B.G.B. für diesen speziellen Fall eine besondere Haftpflicht konstruiert hat. Und das mit Recht; denn das Verhältnis des Kreditratgebers zum Ratnehmer ist ein ganz anderes, wie das des Kreditauftraggebers zum Kreditgeber. Jener beeinflußt den Ratnehmer nur, während dieser den Auftragnehmer verpflichtet, jener stellt sein Wissen, seine Kenntnis der Sachlage dem andern zur Verfügung und gibt ihm nur eine Handhabe, nach der er sich nach freiem Belieben richten kann oder nicht; umgekehrt verpflichtet der Auftraggeber den Beauftragten zur Kreditgewährung und hat somit nach der Annahme des Auftrages ein klagbares Recht auf Erfüllung. Ist es demgegenüber nicht vollauf berechtigt, daß das Gesetz das Auffordern zum Kreditgeben mit Verpflichtung des Aufgeforderten zur späteren Kredithingabe anders d. h. ungünstiger stellt als die einfache Aufforderung, durch die auch der andere keine Verpflichtung übernimmt, und demgemäß den Kreditratgeber von einer Haftung freispricht und den Kreditauftraggeber zur Schadloshaltung anhält, selbst wenn er gar keine Haftung übernehmen will oder wollte?

Da auch der Wortlaut des § 778 das Erfordernis des Haftungswillens nicht aufstellt, vielmehr ein diesbezüglicher Zusatz „auf Gefahr des Auftraggebers“ sowohl im E. I als auch im B.G.B. mit Absicht nicht aufgenommen wurde, kommen wir zu dem Schlusse, daß der Rechtsgrund der Haf-

tung des Auffordernden beim Kreditauftrag auf dem Gesetze, auf der Vorschrift des § 778 beruht und das Vorhandensein des Haftungswillens für das Zustandekommen eines Kreditauftrages unnötig ist.

Wie sehr der Haftungswille beim Kreditauftrag in den Hintergrund tritt, ersehen wir schon daraus, daß in der Praxis es manchmal darauf hinauskommen wird, daß der Auftraggeber gar keine Haftung übernehmen wollte. Nur dadurch, daß nach erfolgter Klage des Kreditgebers das Prozeßgericht das Vorliegen eines Auftrages zur Kredithingabe konstatierte, wird er nunmehr zu einer Bürgenhaftung, von deren Existenz er vielleicht gar nicht unterrichtet war, herangezogen. Ist so Hauptzweck des Kreditauftrages die Kreditvermittlung, aus der nach tatsächlicher Kredithingabe als Folge Bürgenhaftung entsteht, so ist im strengen Gegensatz hierzu bei der Bürgschaft die Sicherung des Gläubigers, die Übernahme der Haftung, Hauptmoment, und steht die Bürgenhaftung zum vollzogenen Kreditgeschäfte in keiner kausalen Beziehung.

Der Grund, weshalb Kreditaufträge erteilt und Bürgschaften übernommen werden, kann bei beiden Rechtsgeschäften in gleicher Weise in dem persönlichen Verhältnisse des Bürgen und Auftraggebers zum Hauptschuldner und dem Dritten liegen. Die Rechtsgeschäfte können sich sogar so weit nähern, daß bei beiden der gleiche Zweck erstrebt wird, indem bei der Erteilung des Kreditauftrages der Auftraggeber lediglich Bürgschaftsübernahme für eine künftige Forderung gewollt haben kann. Somit kann man wohl mit Recht den Kreditauftrag als eine Art Bürgschaft zu leisten, bezeichnen, jedoch ist er formell wie materiell zu wesentlich von der Bürgschaft verschieden, um ihn gesetzestechnisch als Bürgschaftsart bezeichnen zu können.

Der Kreditauftrag bleibt nach B.G.B. ein selbständiges Rechtsgeschäft, auf welches die Vorschriften zweier Rechtsinstitute, des Auftrages und der Bürgschaft, zur Anwendung kommen. Zunächst ist das Rechtsgeschäft reines Mandat und als solches zu beurteilen, dann, nach Erfüllung des Auftrages wird das Mandatsverhältnis beendet, und verwandelt sich die Stellung des Auftraggebers in die eines Bürgen, die des Beauftragten in die des Gläubigers aus einem Bürgschaftsvertrage. Aber auch jetzt kann man nicht sagen, der Kreditauftrag ist reine Bürgschaft geworden; er bleibt vielmehr ein selbständiges Rechtsgeschäft, auf das nur die Regeln über die Bürgschaft zur Anwendung kommen. Mit der gleichen Berechtigung würde man sonst sagen können, daß ein Dienst- oder Werkvertrag, auf den nach § 675 B.G.B. die Vorschriften über den Auftrag zum Teil Anwendung finden, nunmehr selbst zum Auftrage würde.

Wie wir gesehen haben, sind beim Kreditauftrage Mandats- und Bürgschaftsregeln durchweg scharf voneinander getrennt. Nur in dem Falle der Kreditbelassung auf eine bestimmte Zeit fallen bis zum Ablauf der gesetzten Frist die Vorschriften beider Rechtsinstitute zusammen, ist der Auftraggeber zugleich auch Bürge, Bürge in bezug auf die Verbindlichkeit des Dritten, Auftraggeber in bezug auf Erfüllung und Ausführung seines Auftrages; hier wird im konkreten Fall einzeln zu entscheiden sein, welche Vorschriften anzuwenden sind.

Nach dem Gesagten müssen wir uns dahin entscheiden, daß auch nach dem B.G.B. der Kreditauftrag ein eigentümlich beschaffenes Mandat, ein mandatum qualificatum bleibt, für welches nach seiner Beendigung, wohl aus Gründen wirtschaftlicher Art, die weitgehendsten Folgen gesetzlich konstruiert sind.

Dieser Standpunkt, der sich, von dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag ausgehend, für die Selbständigkeit des Kreditauftrages neben der Bürgschaft entscheidet, wird in der Literatur über das B.G.B. mit den verschiedensten Begründungen fast durchweg vertreten.[1]) Hier sei nur erwähnt, was Eccius[2]) in seiner Abhandlung „Bürgschaft und Kreditmandat" sagt, „daß der Gedanke, daß das Kreditmandat an sich eine Abart des Mandates sei, und daß es somit unter den Gesichtspunkt des Auftrages falle, für die Änderung des § 680 des 1. Entwurfes ausschlaggebend gewesen sei, und daß sich somit, — wie wir schon am Eingange sagten, — der Gesetzgeber des Unterschiedes zwischen Bürg-

---

[1]) vgl. hierzu Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 2. Bd., Tübingen und Leipzig 1902, bes. S. 891; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1. Bd. § 299 u. § 159 S. 590 f., Jena 1903; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1. Bd. 2. Teil § 190 S. 1190f., Berlin 1903; Büttner, Die Haftung des Bürgen, Inaugural-Dissertation S. 10f., Greifswald 1899; Eccius, Bürgschaft und Kreditmandat, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 46. Jahrgang 1. Heft S. 59; Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen 50 Nr. 34 S. 161; Bendix a. a. O. insbes. S. 163; Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar zum 2. Buch des deutschen B.G.B. S. 257, Breslau 1898; Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. für das Deutsche Reich und des preußischen allgemeinen Landrechts § 92 S. 311, Berlin 1899; Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des B.G.B. systematisch dargestellt 2. Abtlg. § 60 S. 487, Breslau 1898; Oertmann, Kommentar zum B.G.B.: Das Recht der Schuldverhältnisse S. 504, Berlin 1899, Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B. für das Deutsche Reich § 10 S. 82 Anm. 1, Berlin 1897; Unger, Handeln auf fremde Gefahr, Abdruck aus Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes 33. Bd. N. F. 21 S. 8, auch Anm. 11, Jena 1894.

[2]) vgl. a. a. O. S. 59.

schaft, die nach § 765 Abs. 2 B.G.B. auch für eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden kann, und Kreditauftrag sehr wohl bewußt war".[1])

§ 2.

Kreditauftrag, Kreditbrief, Kreditempfehlung und Garantie.

Ist so der Kreditauftrag von der Kreditbürgschaft und dem Kreditrat auf das schärfste zu unterscheiden, so müssen wir ihn auch noch gegenüber anderen ähnlichen Rechtsgeschäften abgrenzen und seine Stellung unter denselben bestimmen, da § 778 B.G.B. nur dann unmittelbar Anwendung finden kann, wenn beim Abschluß des Geschäftes von den Parteien wirklich ein Kreditauftrag gewollt ist.

Beim Kreditbrief kann allerdings in gleicher Weise der dem Kreditauftrag eigene Mandatscharakter zutage treten, jedoch tritt bei demselben der Zahlende überhaupt in kein Schuldverhältnis zu dem Zahlungsempfänger und kann somit ersterer sich nur an den Anweisenden, den Kreditbriefaussteller, halten, während beim Kreditauftrag der Zahlungsempfänger als Hauptschuldner, der Auftraggeber nur als Bürge haftet. Demgemäß besteht auch ein großer Unterschied im Verhältnis des Anweisenden zum Anweisungs-, d. h. Zahlungsempfänger im Vergleich zur Stellung des Auftraggebers zum Dritten, dem Kreditempfänger. Diese Grundverschiedenheit der beiden Institute wird in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes[2]) auf das eingehendste begründet und bewiesen.

---

[1]) vgl. Entsch. des R.G. in Civilsachen 50 N. 34 S. 161.

[2]) vgl. Bd. 3 S. 13ff., Erlangen 1872.

Der bloßen Ermächtigung zum Kreditgeben ist zunächst und vor allen Dingen eigen, daß durch dieselbe keinesfalls die Bindung des anderen bezweckt werden soll. Sie ist für unseren Fall nur insofern erheblich, als durch dieselbe eine Einwirkung auf das Vermögen des die Ermächtigung Erteilenden ermöglicht wird. Nach Ausführung des R.O.H.G. Bd. 13 S. 298 gibt derjenige, der einen anderen zur Vornahme irgend einer Handlung ermächtigt, diesem die Befugnis, rechtsgültig über Vermögenswerte des Ermächtigenden zu verfügen, und somit muß, damit die Befolgung der Ermächtigung diese Wirkung hervorrufen kann, in der Ermächtigung zum Kreditgeben eine Garantieübernahme in irgend einer Form enthalten sein. Diese beiden Momente: nicht verpflichten, nicht verpflichten wollen und Notwendigkeit ausdrücklicher Garantieübernahme sind als Hauptunterschiede zwischen Kreditauftrag und Kreditermächtigung zu erwähnen.

Bei dem sogenannten Garantievertrage, über den weder das bisherige noch das neue Recht nähere Bestimmungen enthält, verpflichtet sich jemand, der Garant, einem anderen, dem Garantieempfänger, den Schaden zu ersetzen, den letzterer bei einem Unternehmen erleiden würde. Durch diesen Vertrag wird eine einseitige, von einer Gegenleistung unabhängige Verpflichtung begründet, durch die, im Gegensatz zur Bürgschaft, welche Schutz gegen eine dem Vermögen von außen her drohende Gefahr gewähren soll, Sicherung des Garantieempfängers gegen eine in dem beabsichtigten Unternehmen selbst liegende Gefahr bezweckt wird.

Gegenüber der Ansicht Försters, der a. a. O. den Kreditauftrag als reinen Garantievertrag angesehen wissen will, verweisen wir auf das in unserer Abhandlung über die Mandatsnatur und später über den Haftungswillen des Auf-

traggebers Gesagte. Besonders die Nebensächlichkeit des Haftungswillens beim Kreditauftrag, der selbständige Charakter der durch den Garantievertrag begründeten Garantenhaftung, deren Grenzen im Garantievertrag festgelegt sind und die sich nur nach dem Inhalt desselben richtet, und endlich die ganz einseitige Natur des Geschäftes zwingen uns, den Kreditauftrag als reinen Garantievertrag nicht anzuerkennen und ihn demgemäß auch von diesem Rechtsgeschäfte loszulösen.[1])

IV. Schlußbemerkung.

Steht somit der Kreditauftrag als selbständiges, keiner bestimmten Vertragskategorie angehörendes Rechtsgeschäft fest, so wollen wir zum Schlusse noch einige Worte über seine Stellung und Bedeutung im heutigen wirtschaftlichen Leben sagen.

Der Kredit als solcher hat im ganzen volkswirtschaftlichen Verkehr stets eine überaus große und wichtige Rolle gespielt und diese Bedeutung auch heute nicht verloren. Unter Kredit verstehen wir das Einräumen der Befugnis zur Verfügung über fremde Güter, gegründet auf das Vertrauen, daß der Kreditnehmer die durch Benutzung dieser Befugnis entstehende Verbindlichkeit seinerzeit pünktlich einlösen werde, und meist verbunden mit einer gewissen wirtschaftlichen Entschädigung für die Kredithingabe. Ist nun dieses

[1]) vgl. hierzu Weidemann a. a. O. S. 454 ff., der sich auf Stammler, Der Garantievertrag, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 69, I beruft.

Vertrauen in der Person eines Kreditbedürftigen nicht begründet, so müssen andere Personen, die vielleicht selbst an der persönlichen Kredithingabe wirtschaftlich verhindert sind, jedoch das erforderliche Vertrauen bei dem Kapitalisten genießen, für ihn eintreten. Dies tut der Kreditauftraggeber nicht durch die Hingabe eines realen Wertes, sondern durch das Einsetzen seines persönlichen Kredites für den Dritten.

In der volkswirtschaftlich außerordentlich großen Bedeutung der Kreditgeschäfte liegt es auch begründet, daß es von jeher das Bestreben einer ordnungsmäßigen Rechtspflege war, den Kreditverkehr durch zweckentsprechende Gesetze möglichst zu sichern, Kreditrechtsgeschäfte zu ermöglichen und gesetzlich so zu regeln, daß der Kapitalist nach Möglichkeit gegen Schäden geschützt ist, ohne daß dadurch der Kreditverkehr mehr als nötig eingeengt und erschwert wird.

Diesem ausgesprochenen Zwecke, insbesondere der Sicherung der Kapitalisten, dienten schon im frühesten römischen Rechte die verschiedensten Rechtsinstitute. Er wurde und wird auch noch heute erreicht durch Bürgschaftsübernahmen, Garantieverträge, Pfandbestellungen, Hypotheken usw.

Sollte der Kreditauftrag im Kreditverkehr von Bedeutung bleiben, so mußte bei seiner Neuregelung obiger Gesichtspunkt auf das eingehendste Berücksichtigung finden und demgemäß die Stellung des Gläubigers aus dem Kreditauftrage in einer, den heutigen Rechts- und Verkehrsverhältnissen entsprechenden Weise gesichert werden. Gerade weil derartige Aufträge zur Kredithingabe sehr häufig ohne ausdrückliche Übernahme einer Haftung erteilt werden, mußte für diesen konkreten Fall von Gesetzeswegen die Haftung ausgesprochen und zwingend aufgestellt werden. Alle Erfordernisse erfüllt, wie wir in unserer Abhandlung gezeigt haben, die Vorschrift des

§ 778 B.G.B., und so ist heute der Kreditauftrag eines der geeignetsten Kreditvermittlungsgeschäfte.

Eine Hauptbedeutung des Kreditauftrages im Kreditverkehr liegt aber noch darin, daß durch die Annahme des Kreditauftrages zur Kredithingabe der Beauftragte zur Kreditgewährung verpflichtet wird. Selbst wenn der Dritte niemals den Kredit des Beauftragten tatsächlich in Anspruch zu nehmen sich genötigt sieht, wird dadurch, daß der Beauftragte an sein Kreditversprechen gebunden ist, sein Kredit bei seinen Gläubigern erhöht und seine wirtschaftliche Lage gebessert.